Prof. Giovanni Distefano et Prof. Pascal Mahon (*)

«Interdiction des minarets et droit international»*

Abstract

REMARQUES LIMINAIRES

Le vote du 29 novembre 2009 par lequel le peuple et les cantons suisses ont approuvé, à une majorité de près de 60% (et par tous les cantons à l'exception de trois et un demi), l'initiative populaire «contre la construction de minarets» a libéré, chez de nombreuses personnes, sans doute parmi celles qui ont déposé un «oui» dans l'urne, mais peut-être aussi chez d'autres, qui n'avaient pas voté, toutes sortes de pulsions et d'opinions de rejet xénophobe qui s'expriment aujourd'hui à haute voix – il suffit de voyager dans les trains ou de s'attarder dans un établissement public –, alors qu'elles n'osaient probablement pas s'exprimer, ou pas aussi ouvertement, auparavant. Ces sentiments, vraisemblablement nourris par des craintes diverses liées plus à la méconnaissance qu'à la seule xénophobie ou islamophobie, il faudra bien un jour ou l'autre que la Suisse s'en occupe. Mais c'est là le travail des psychologues et des sociologues.

Ce qui est plus grave, c'est sans doute que les élites politiques – et les leaders des partis politiques –, sous prétexte et par crainte d'un fossé entre les «élites» et le «peuple», s'engouffrent dans la brèche ou surfent sur la vague ainsi créée et se lancent même dans la surenchère (voulant tout à coup interdire

(*) professeur de droit international public à l'Université de Neuchâtel et professeur invité à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains (Genève)

(*) professeur de droit constitutionnel à l'Université de Neuchâtel

* accepted 11.2.2010.

la burka, le voile islamique, les dispenses scolaires liées à des motifs religieux, etc.).

Même parmi les juristes éminents – ce qui est encore plus étonnant, pour ne pas dire consternant –, le résultat du vote du dimanche 29 novembre 2009 semble avoir provoqué un trouble considérable des esprits, à en juger par certaines assertions qui ont paru récemment dans la presse (notamment Le Temps du 9 décembre 2009), selon lesquelles le «droit international, impératif ou non, reste par ailleurs arbitraire», de même que le *jus cogens* serait lui aussi «une notion tout à fait arbitraire …», ou encore qu'on ne voit pas «en quoi elle [l'initiative interdisant la construction des minarets] est contraire au droit international. Elle ne viole pas la Convention européenne des droits de l'homme».

De telles affirmations, qui, c'est le moins qu'on puisse dire, ne font pas dans la nuance, appellent à notre sens un certain nombre de précisions, tout comme plusieurs questions «juridiques» qui se posent depuis le vote du 29 novembre 2009. Telle est l'ambition des lignes qui suivent, qui proposent deux points de vue, différents mais complémentaires, celui du droit interne et celui du droit international.

«Minarets, droit international impératif et Convention européenne des droits de l'homme»

Pascal Mahon
professeur de droit constitutionnel à l'Université de Neuchâtel

1. L'INTERDICTION DES MINARETS ET LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

La première des questions qui est fréquemment posée – notamment par les étudiantes et les étudiants en droit – en relation avec l'initiative «contre la construction de minarets» est celle de savoir comment il est possible d'inscrire dans la Constitution une règle – celle que prévoit l'initiative, d'une interdiction lapidaire et absolue, sans exception possible, de la construction de (nouveaux) minarets: «La construction de minarets est interdite.» (article 72, 3e alinéa) – qui est en elle-même en contradiction assez flagrante avec d'autres règles que contient cette même Constitution, notamment au titre des droits fondamentaux, comme la liberté de religion et l'interdiction des discriminations fondées sur les croyances religieuses, pour ne citer que les deux principales. La réponse à cette question est, juridiquement, relativement simple. La chose est possible parce que les dispositions qui composent la Constitution fédérale sont, dans la conception suisse, toutes de même rang; il n'y a pas, entre elles, de hiérarchie, les unes ne sont pas plus fortes que les autres. Ainsi, il est tout à fait concevable qu'une disposition, comme celle de l'article 72, 3e alinéa – introduite par la voie de l'initiative populaire et interdisant la construction de minarets – déroge à une ou à d'autres dispositions de la Constitution, comme celles précitées, qui garantissent la liberté de religion ou l'interdiction des discriminations. Un peu de la même manière que, pour prendre un tout autre exemple, plus ancien, l'obligation de service militaire imposée aux (seuls) hommes («Tout homme de nationalité suisse est astreint au service militaire. …», article 59, 1er alinéa) déroge au principe de l'égalité entre femmes et hommes (article 8, 3e alinéa).

Cette situation s'explique par le fait que, comme indiqué, la conception constitutionnelle suisse a généralement considéré, jusqu'ici, qu'il n'y a pas de hiérarchie entre les diverses normes constitutionnelles elles-mêmes. En d'autres termes, il n'y a pas de limites matérielles intrinsèques à la révision de la Constitution, à la seule exception, récente, de ce qu'on appelle «les règles impératives du droit international». On reviendra plus bas sur cette exception, c'est-à-dire sur cette limite à la révisibilité de la Constitution fédérale, qui a été introduite formellement dans le texte constitutionnel avec la révision totale de 1999.

Au préalable, il faut cependant préciser que si la Suisse ne connaît pas, à part celle-là, de limite à la révision de sa constitution, cette conception d'un constituant au pouvoir illimité ou absolu n'est pas le fait de tous les Etats. Certains Etats ont en effet introduit de telles limites, reconnaissant par là que le constituant n'est pas absolument tout puissant, mais que son pouvoir est à certains égards limité. Ainsi, forte de l'expérience du nazisme, et dans l'idée d'exorciser le risque de récidive, la Loi fondamentale allemande de 1949 a prévu, à son article 79, 3e alinéa, que certaines de ses dispositions ne sont pas à la libre disposition du constituant, en ce sens qu'elles ne peuvent pas être révisées. C'est le cas des règles qui concernent la structure fédérale de l'Etat allemand, la participation des Länder à la législation fédérale, ainsi que tous les principes qui figurent dans les articles 1er à 20 de la Constitution, c'est-à-dire tous les droits fondamentaux et les principes de l'Etat démocratique et social. Dans le même ordre d'idée, la Constitution française de la Ve République dispose que «(l)a forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision» (article 89, 5e alinéa).

Rien de tel en Suisse, donc, où la seule limite matérielle à la révision de la Constitution réside, on l'a dit, dans les «règles impératives du droit international», limite qui figure explicitement aux articles 139, 3e alinéa, 193, 4e alinéa et 194, 2e alinéa, pour les diverses hypothèses envisageables. Ainsi, l'article 139, 3e alinéa, qui traite des initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution fédérale, prévoit que lorsqu'une telle initiative «ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle», c'est-à-dire qu'elle peut et doit l'invalider ou, autrement dit, ne pas la soumettre au vote du peuple et des cantons[1].

Il s'agit donc de déterminer ce que signifie l'expression «règles impératives du droit international».

(1) L'article 139 fixe ainsi aux initiatives populaires – et à la révision de la Constitution – deux autres limites explicites, à côté de celle des «règles impératives du droit internationales», des limites qui sont de nature plutôt formelle, le respect de l'exigence de l'unité de la matière et celui de l'unité de la forme. On ne s'y arrêtera pas ici. Il est unanimement admis qu'une quatrième limite, implicite, existe aussi, celle relative à l'«inexécutabilité» des initiatives populaires: les initiatives qui sont «inexécutables» peuvent et doivent être invalidées. Mais la pratique et la doctrine sont là aussi très strictes: il doit y avoir «inexécutabilité» réelle, matérielle, en ce sens que l'initiative doit être matériellement impossible à réaliser, l'impossibilité «juridique» ne suffisant pas. On reviendra plus bas sur cette limite.

2. Les «règles impératives du droit international»

Dans la conception qui a prévalu jusqu'ici en Suisse, aussi bien au sein des autorités fédérales (Conseil fédéral et Assemblée fédérale) et dans leur pratique que dans la doctrine juridique, cette expression a ou avait une signification relativement étroite. Notion constitutionnelle suisse, les «règles impératives du droit international» comprennent – et coïncident avec –, disait-on, le «droit international impératif» au sens du droit international public, c'est-à-dire avec ce qu'on appelle aussi, en droit international, le *jus cogens*. On admet et admettait donc, en Suisse, une sorte d'équation entre la notion constitutionnelle interne («règles impératives du droit international») et la notion de *jus cogens* relevant du droit international.

Dès lors, la seule limite matérielle à la révision de la Constitution – et aux initiatives populaires – est ou était la violation du *jus cogens*. C'est ainsi, par exemple, que, dans son message relatif à l'initiative «contre la construction de minarets», le Conseil fédéral relevait que cette initiative (ne) devrait être invalidée (que) si elle s'avérait contraire au *jus cogens*. Et le Gouvernement de définir ainsi ce *jus cogens*, en se référant au droit international: «La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, à son art. 53, définit les normes impératives du droit international (*jus cogens*) comme des normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Cette définition est aujourd'hui reconnue comme ayant un caractère universel, valable au-delà du cercle des Etats parties à la Convention de Vienne. La caractéristique décisive de la norme impérative est son "indérogeabilité" (droit intangible)».

Le Conseil fédéral précisait encore: «La Convention de Vienne n'énumère pas les normes du droit international répondant à cette définition. Dans leur majorité, la doctrine et la pratique considèrent comme telles les dispositions essentielles du droit international que sont d'une part l'interdiction de l'usage de la force dans les relations entre Etats (art. 2, al. 4, de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945) et d'autre part les garanties élémentaires des droits de l'homme et du droit international humanitaire tels que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains, la protection contre l'infliction arbitraire de la mort, l'interdiction de l'esclavage, de la piraterie et du génocide».

Notre Gouvernement ajoutait que, dans son propre message relatif à une nouvelle constitution fédérale, il avait lui-même «cité parmi les normes du *jus cogens* l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage», ainsi que «les garanties de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, et les principes du droit international humanitaire». En revanche, la «plus grande partie du droit international n'a cependant pas un caractère impératif et ne peut pas constituer une limite absolue à la révision de la Constitution. Une initiative populaire ne peut pas être déclarée nulle parce qu'elle enfreint des normes non impératives du droit international. Si elle est acceptée par le peuple et les cantons, les autorités fédérales doivent envisager de dénoncer l'accord international en question». Et le Gouvernement fédéral de rappeler que, en «une seule occasion, l'Assemblée fédérale a dû déclarer nulle une initiative populaire qui violait des règles impératives du droit international: c'était l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable" déposée en 1992».

Enfin, le Conseil fédéral précisait encore qu'il avait «constaté, dans son message relatif à l'initiative populaire "pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!)" que la CEDH et le Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU), notamment, ont «un rang qui rend leur dénonciation de fait impossible". Pour ce qui est de la CEDH, il a souligné les "conséquences politiques très graves" qu'aurait une dénonciation, même si elle est en théorie possible. Il a cependant renoncé expressément à reconnaître ces dispositions comme des normes internationales impératives de facto au sens de l'art. 139, al. 2, Cst.».

Fort de ces précisions et rappels de la pratique antérieure, le Conseil fédéral estimait que les dispositions de la CEDH et du Pacte II de l'ONU concernées par l'initiative «contre la construction de minarets», à savoir les articles 9 et 14 CEDH, ainsi que les articles 18 et 2 du Pacte II, consacrant la liberté religieuse et l'interdiction des discriminations, ne relevaient pas du *jus cogens*, dans la mesure où, dans le système de ces deux traités internationaux, ces règles n'étaient pas «indérogeables». Dès lors, si l'on s'en tenait à la pratique suivie jusque-là, l'initiative ne devait pas être déclarée invalide.

On sait que, à une très large majorité, l'Assemblée fédérale a suivi le Conseil fédéral, s'en tenant donc à la pratique antérieure, d'une conception relativement étroite de la notion de «règles impératives du droit international».

On ne discutera pas ici cette conception étroite de la notion, si ce n'est pour faire deux brèves remarques. D'une part, il faut relever que rien n'oblige les autorités suisses à s'en tenir à l'«équation» entre la notion constitutionnelle interne de «règles impératives du droit international», d'un côté, et la notion, qui relève du droit international, de *jus cogens*, de l'autre côté. La Suisse est évidemment tenue, juridiquement, de reconnaître le *jus cogens* comme limite matérielle *minimale* à la révision de sa Constitution, dans la mesure où ce *jus*

cogens s'impose à elle, qu'elle le veuille ou non, mais elle n'est en revanche pas obligée de s'en tenir à ce minimum: elle pourrait aussi admettre, de manière autonome, en quelque sorte, une *limite plus étendue* à la révision constitutionnelle. Cela pourrait se faire par l'élargissement de la notion de «règles impératives du droit international», élargissement qui pourrait advenir soit par voie d'interprétation – ou de réinterprétation –, soit par voie de révision constitutionnelle (on ne discutera pas ici cette question de méthode, même si elle est importante). Cela pourrait peut-être aussi se faire par le biais d'une autre condition de validité des initiatives populaires, celle, implicite, mais unanimement admise, de l'«exécutabilité», qui veut que les initiatives ne soient pas validées si elles sont inexécutables. Or, on peut se demander si une initiative qui va à l'encontre d'un traité international qui n'est de fait pas dénonçable ne devrait pas être considérée comme inexécutable.

D'autre part, il faut relever aussi que la définition que la Suisse donne – à travers la pratique de ses autorités citée plus haut – de la notion *internationale* du *jus cogens* devrait également être vérifiée afin de savoir si elle n'est pas trop étroite (voir à ce propos l'article de Giovanni Distefano).

3. L'INTERDICTION DES MINARETS ET LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Quoi qu'il en soit de cette question de l'invalidation des initiatives populaires, et même si l'on admet le raisonnement fait à ce sujet par le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale à propos de l'initiative «contre la construction de minarets», il n'en demeure pas moins que la nouvelle disposition constitutionnelle introduite par cette initiative suite au vote du 29 novembre 2009 est, à mon avis, clairement contraire à la Convention européenne des droits de l'homme et au Pacte international de l'ONU relatif aux droits civils et politiques (Pacte II). Prétendre le contraire, c'est-à-dire que l'initiative ne serait pas contraire à la CEDH ou qu'on ne voit pas en quoi elle le serait, n'est guère surprenant s'agissant de certains défenseurs de l'initiative, mais plus étonnant lorsque cela vient de certains éminents juristes.

Cette opinion me paraît méconnaître le système de la CEDH (et celui du Pacte, qui est à cet égard semblable, de sorte qu'on limitera ici la réflexion à la première). La CEDH garantit, à son article 9 (paragraphe 1er), la liberté de pensée, de conscience et de religion, en ces termes: «Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites».

Certes, comme l'ont relevé à juste titre certains défenseurs de l'initiative, la liberté de religion ainsi garantie ne l'est pas de manière absolue. Des restrictions sont possibles, ce que précise du reste explicitement le paragraphe 2 de l'article 9 CEDH. Ce même paragraphe 2 précise cependant aussi et «fixe» – ce que n'ont pas dit les défenseurs de l'initiative –, les conditions auxquelles de telles restrictions sont possibles, et il le fait en ces termes: «La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui».

Autrement dit, pour qu'une restriction à la liberté de religion soit admissible au regard de la CEDH, il faut qu'elle réponde à l'un des intérêts publics mentionnés dans ledit paragraphe (sécurité publique, protection de l'ordre, etc.), mais surtout qu'elle soit *«nécessaire, dans une société démocratique»*, pour permettre d'atteindre cet objectif d'intérêt public. Or, on ne voit guère quel est, parmi ceux que mentionne la Convention, l'intérêt public dont la réalisation commande, *nécessairement*, en Suisse en 2009, une interdiction a priori, absolue et sans exception possible, de la construction de minarets. Dès lors, même si la Cour européenne reconnaît aux Etats, spécialement dans le domaine de la liberté religieuse, une certaine marge d'appréciation dans l'application du critère de la nécessité, on ne voit pas comment elle pourrait conclure, si elle était saisie, à la conformité du nouvel article 72, 3e alinéa, de la Constitution fédérale à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La question pourrait éventuellement se discuter si l'initiative avait été formulée en termes plus nuancés, par exemple si elle avait prescrit que «la construction de minarets ou de tous autres édifices religieux ou de caractère religieux peut être interdite si elle est susceptible de troubler l'ordre public ou la paix confessionnelle». Telle qu'elle est rédigée, sous forme d'une interdiction absolue et sans nuance aucune, la violation de l'article 9 CEDH est en revanche, à mon sens, évidente. C'est du reste également ce qu'en a jugé le Conseil fédéral dans son message.

Si cela ne suffisait pas, la nouvelle disposition constitutionnelle viole en outre l'article 14 CEDH, qui interdit toute discrimination. Selon cette disposition, «[l]a jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation». On notera au

passage que, contrairement à l'article 9, la disposition ne peut faire l'objet de restriction. Quoi qu'il en soit, il me semble là aussi évident que la nouvelle norme constitutionnelle introduite par l'initiative populaire viole frontalement l'article 14 CEDH, en ce qu'elle ne vise – en les frappant d'une interdiction absolue dans l'exercice d'un aspect de leur liberté religieuse – qu'une seule communauté religieuse, la communauté musulmane, et les membres de cette (seule) communauté, à la différence de toutes les autres religions et de leurs adeptes. On conçoit mal une violation plus flagrante de cette disposition.

Comme indiqué, le raisonnement est analogue par rapport au Pacte II de l'ONU, spécialement à ses articles 18 et 2, qui garantissent eux aussi la liberté religieuse et l'interdiction des discriminations. La nouvelle disposition constitutionnelle de l'article 72, 3e alinéa, ne viole donc pas seulement la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel n'est, de l'avis même des autorités suisses, pas dénonçable, même pas formellement, à la différence de la Convention européenne des droits de l'homme.

4. CONSÉQUENCES D'UNE VIOLATION DU DROIT INTERNATIONAL

Le droit n'est pas une science exacte et seul l'avenir nous dira quelle est l'interprétation correcte de la conformité de l'initiative «contre la construction de minarets» à la Convention européenne et au Pacte de l'ONU. A supposer toutefois que la Suisse soit reconnue coupable d'une violation – ce qui paraît pour le moins probable –, reste à déterminer quelles seraient les conséquences d'une telle condamnation. Encore une fois, il est absolument faux de prétendre, comme l'ont fait dans les médias certains défenseurs de l'initiative, que les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas *obligatoires*. Les arrêts de la Cour obligent les Etats membres, qui sont tenus de réparer la violation, c'est-à-dire de la faire cesser, d'en réparer les éventuelles conséquences et de faire en sorte que la violation ne se répète pas. Les décisions de la Cour n'ont certes pas, comme l'on dit, une nature «cassatoire», en ce sens qu'elles n'ont pas pour effet de supprimer ou d'annuler elles-mêmes les décisions internes qui violeraient la Convention. C'est aux Etats qu'il appartient d'exécuter les décisions de la Cour et ils ont à cet égard le choix des moyens à mettre en œuvre. Cela ne signifie cependant pas – en aucune façon – que les arrêts de la Cour ne seraient pas obligatoires.

«Le droit international public en péril»

Giovanni Distefano

professeur de droit international public à l'Université de Neuchâtel et
professeur invité à l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains (Genève)

L'acceptation par le peuple souverain de l'initiative visant à interdire les minarets a soulevé une fois de plus une foule de questions qui ont trait à la fois au droit international public et aux rapports que celui-ci entretient avec l'ordre juridique interne des Etats. Sans revenir sur la question déjà examinée de l'incompatibilité de cette interdiction avec les obligations internationales (quelle que soit leur source par ailleurs) qui incombent à la Suisse, il importe de saisir l'occasion pour fixer quelques règles essentielles relatives au fonctionnement de l'ordre juridique international.

a) Il est déconcertant de lire que le droit international est «arbitraire» comme l'affirme Madame le Professeur Suzette Sandoz[2]. L'on se demande par quoi une telle affirmation est étayée, sinon par un mépris mal celé pour le droit des gens auquel et la Suisse (Croix-Rouge, Société des Nations, etc.) et ses citoyens (Emer de Vattel, Johann Caspar Bluntschli, Max Huber, Paul Guggenheim, etc.) ont grandement contribué au fil des siècles. Serait-il arbitraire par ces normes? Ce serait là un jugement de valeur: on peut contester son contenu, mais pas son existence. Serait-il arbitraire dans (ou par) son application? Aucun ordre juridique n'est parfait et l'on peut citer force exemples d'ordres juridiques (étatiques) qui ne brillent pas à cet égard. Il n'en reste pas moins que leur caractère «juridique» précisément n'est pas contesté. Il en va donc de même pour le droit international.

b) Le droit international «impératif» serait lui aussi arbitraire (ibid.). Par droit impératif on entend ce corps restreint de normes «auxquelles aucune dérogation n'est possible». Ainsi, au caractère juridiquement contraignant des normes «ordinaires» de droit international public s'ajoute le caractère indérogeable. Ces normes ne sont pas le fruit d'élucubrations ou autres rêveries fantasmagoriques de juristes de droit international en mal de sommeil. En revanche, ce sont les Etats eux-mêmes qui les ont créées et en ont attesté l'existence depuis 1969 – au moins – dans une disposition désormais devenue célèbre qu'est l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (ils ont également récidivé à l'article 64). Cette convention de codification [ci-après la CVDT] à laquelle plus de quatre cinquièmes des Etats de la planète sont parties (dont la Suisse), est un véritable «traité sur les traités», étant donné

(2) *Le Temps*, 9 décembre 2009.

qu'elle contient toutes les règles relatives à la conclusion, application, nullité, suspension et extinction des traités internationaux. Or l'article 53 a la teneur suivante: «Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». En d'autres termes, un traité contraire à l'une quelconque des normes impératives de droit international général est un traité invalide. Faut-il par ailleurs souligner à cet égard que les normes de *ius cogens* ne sont pas immuables, mais qu'elles peuvent évoluer en fonction des exigences de la base sociale. La Communauté internationale des Etats dans son ensemble pourra donc au fil de l'évolution du droit reconnaître à d'autres règles le caractère de droit impératif.

c) Le droit impératif représente assurément l'un des aspects structurels les plus innovateurs de l'ordre international contemporain. Il importe de souligner que les règles impératives de droit international traduisent l'idée et concrétisent l'exigence d'un ordre public international, en tant que «règles essentielles pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux»; en même temps, comme il a été très adroitement observé, à «côté de ce *jus cogens* substantiel, il existe dans tout ordre juridique d'autres normes impératives qui sont inhérentes à l'idée même de droit ou d'ordre juridique, telle *pacta sunt servanda*, et qui sont ainsi imposées par nécessité logique ou juridique pour que le système puisse exister et fonctionner de manière régulière. Il s'agit là d'un *jus cogens* "systémique" ou logique»[3]. Il s'ensuit qu'il est dorénavant tout bonnement impossible de se représenter le droit international en faisant abstraction de la catégorie de normes impératives.

d) La jurisprudence internationale – «moyen auxiliaire de détermination des règles de droit international» (article 38 § 1 lit. d) du Statut de la Cour internationale de Justice) –, la pratique internationale, la doctrine des «publicistes les plus qualifiés» (ibid.) sont unanimes – à quelques exceptions folkloriques près – pour affirmer l'existence en droit international positif de cette catégorie normative. Cet ensemble de normes représente donc le firmament normatif du système international, son plafond: les Etats sont libres de déroger à toute règle – quelle que soit sa source (coutumière, conventionnelle ou autre) – hormis précisément aux normes impératives qui, elles, ne peuvent être écartées que par la «communauté internationale des Etats dans son

((3)) Au sens que lui attribue G. ABI-SAAB, « Que reste-t-il du 'crime international' », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit. Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, 2007, p. 87.

ensemble» par la sécrétion d'une nouvelle norme «ayant le même caractère» (article 53 de la CVDT). Dans le sillage des articles 53 et 64 de la CVDT, d'autres textes normatifs internationaux font référence aux normes de *jus cogens*. Ces dernières, «posées» par les Etats, font donc incontestablement partie intégrante du droit international positif.

e) Une autre objection récurrente à l'égard de l'existence de cette catégorie de normes se fonde sur la prétendue absence de consentement sur celles qui en font partie. C'est hélas une argumentation surannée, voire rance. Déjà en 1966, la Commission de droit international – organe subsidiaire de l'Assemblée générale chargée par celle-ci de codifier et développer de manière progressive le droit international (article 13 de la Charte des Nations Unies et article 15 du Statut de la Commission de droit international) – avait donné maints exemples de règles de droit international impératif dans son Commentaire à celui qui deviendra le futur article 53. Les voici pêle-mêle: interdiction de l'usage de la force et de sa menace contrairement à la Charte des Nations Unies, esclavage, génocide, discrimination raciale, piraterie et tout autre acte qui engendre la responsabilité pénale internationale de l'individu conformément au droit international. A ceux-ci il faut ajouter d'autres règles créées par les Etats (notamment mais pas exclusivement par le biais de la source coutumière) ayant le caractère impératif. Leur existence en tant que normes de *ius cogens* est révélée non seulement par la pratique – nous dirions presque quotidienne – des Etats, mais également et surtout par la jurisprudence internationale (Tribunaux pénaux internationaux, Cour Européenne des Droits de l'Homme [ci-après Cour européenne], Cour internationale de Justice [ci-après «CIJ»] Cour de justice des Communautés européennes [ci-après CJCE], Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme [CIADH]) et même interne. Il s'agit: de celles qui interdisent la torture[4], les traitements inhumains et dégradants[5]; de celles qui protègent les «droits fondamentaux de l'homme» (cf. article 50 § 1 lit. b) du Texte d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite) – cristallisés par le Pacte sur les droits civils et politiques (1966), la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), et bien évidemment la CEDH (1950); du droit des peuples à l'autodétermination[6]; des «règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés» en tant que «principes intransgressibles du droit international coutumier»[7]; du «droit à un

((4)) Cour européenne, Affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni, arrêt du 21 novembre 2001, §§ 59-61, www.echr.coe/int/Fr/Judgements.htm.

(5) CIADH, Affaire Cesar c. Trinidad et Tobago, arrêt du 11 mars 2005 (Fond), § 100, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_ing.pdf.

(6) CIJ, Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt du 30 juin 1995 : *CIJ Recueil* 1995, § 29.

(7) CIJ, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif du 8 juillet 1996 : *CIJ Recueil* 1996, § 79.

procès juste et équitable»[8]. La liste des preuves de l'existence de normes de *ius cogens* pourrait encore s'allonger mais risquerait d'ennuyer le lecteur. De ce qui précède, donc, on ne peut que très difficilement affirmer le caractère arbitraire des normes impératives du droit international général.

f) Dans la même veine, il n'appartient ni à la Suisse, ni à n'importe quel autre Etat pris individuellement[9], ni à un groupe restreint d'Etats[10], de qualifier en amont ce qu'il entend par norme impérative et d'établir en aval la liste des règles qui possèdent cette caractéristique. Car, en vertu du principe de l'«égalité souveraine des Etats» – consacré à l'article 2 § 1 de la Charte des Nations et l'un des piliers fondamentaux du système juridique international –, tout Etat jouit d'une compétence égale et concurrente dans la création et la détermination des règles de droit et de leur contenu. En effet, la création des normes coutumières internationales – dont sont notamment issues les normes de *ius cogens* – requiert «une participation très large et représentative [des Etats]» qui révèle – chez ces mêmes Etats – «le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique»[11]. En des termes peut-être moins abstraits, cela signifie que la conception que peut avoir un Etat des normes impératives n'est pas opposable aux autres Etats et donc applicable en droit international. Seule la conception «largement acceptée et reconnue» par les Etats par rapport à un comportement peut constituer une règle coutumière internationale, voire – a fortiori – une règle impérative.

g)De surcroît, il n'est pas oiseux de rappeler que l'impact du droit international impératif ne se limite pas aux seules conséquences en droit international, à savoir l'invalidité du traité contraire (articles 53 et 64 de la CVDT) et à l'illicéité aggravée du comportement non conforme (articles 40 et 41 du Texte d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite), mais il déborde impérieusement dans le droit interne de l'Etat. La jurisprudence internationale atteste de manière difficilement réfutable que l'Etat est astreint non seulement à cesser un comportement contraire à une norme de *ius cogens*, mais de plus à «abroger ... l'ensemble des actes législatifs et

(8) CJCE, Ahmed Ali Yusuf & Al Barakaat International Foundation, c. Commission des Communautés européennes, arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005 (chambre élargie), § 282 ; Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne, Arrêt de la Cour (grande chambre) du 2 septembre 2008, §§ 253-269, 280-287, 327, http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/.

(9) CIJ, Affaire relative à Certains emprunts norvégiens (France c. Norvège), arrêt du 6 juillet 1957 (exceptions préliminaires) : *CIJ Recueil* 1957, pp. 22-27.

(10) CIJ, Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis), arrêt du 27 juin 1986 (Fond) : *CIJ Recueil* 1986, § 184.

(11) CIJ, Affaires du Plateau continentale de la Mer du Nord (Allemagne c. Pays-Bas et Danemark), arrêt du 20 février 1969 (Fond) : *CIJ Recueil* 1969, § 77.

réglementaires» incompatibles avec elle[12]. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'hésite pas à transpercer la ténue membrane de validité entre l'ordre étatique et l'ordre international et affirme: «Le fait que la torture est prohibée par une norme impérative du droit international a d'autres effets aux échelons interétatique et individuel. A l'échelon interétatique, elle sert à priver internationalement de légitimité tout acte législatif, administratif ou judiciaire autorisant la torture. Il serait absurde d'affirmer d'une part que vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus, *ab initio*, et de laisser faire d'autre part les Etats qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires. Si pareille situation devait se présenter, les mesures nationales violant le principe général et toutes dispositions conventionnelles pertinentes auraient les effets juridiques évoqués ci-dessus et ne seraient, au surplus, pas reconnues par la communauté internationale»[13].

h)Dans un autre registre tout aussi important, il est désopilant de relever le peu de respect que l'on porte aux engagements internationaux contractés par la Suisse, couplé avec une ignorance fondamentale des spécificités de l'ordre juridique international. En effet, l'on évoque ci et là la possibilité pour la Suisse de dénoncer certains traités internationaux avec lesquels l'interdiction des minarets serait en contradiction. Certes, dans la mesure où cela est possible – par exemple la CEDH admet le retrait (article 58) – l'on serait tenté de conclure que, ainsi faisant, on aurait résolu en amont le conflit avec le droit international: si l'on ne peut pas éliminer l'acte illicite ... on supprime la règle! Rien de plus faux, cependant, car les obligations contenues dans la CEDH existent également ... en droit international coutumier et elles lient à ce titre la Suisse[14] (article 43 de la CVDT). En effet, à la différence du droit conventionnel, le droit international coutumier est constitué de «règles et d'obligations qui par [leur] nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage»[15]. Le droit international coutumier – à la différence frappante des systèmes juridiques étatiques – constitue, pour reprendre la belle icône employée par la CIJ, la «toile de fond»

(12) CIJ, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004 : *CIJ Recueil* 2004, § 151.
(13) TPIY, Le Procurerur c. Anto Furuundzija (Jugement) Chambre de première instance du TPIY, arrêt du 10 décembre 1998, § 155, www.un.org/icty/.
(14) Cf. CIJ, Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, *op.cit.*, § 178.
(15) Cf. CIJ, Affaires du Plateau continentale de la Mer du Nord, *op.cit.*, § 63.

normative de l'ordre international[16]. A vrai dire, il y aurait quand même un avantage certain en procédant à la dénonciation de la CEDH, dans la mesure où la Cour Européenne des Droits de l'Homme – que celle-ci institue – ne serait plus compétente pour constater les éventuelles violations de ses dispositions par la Suisse. Nous nous refusons néanmoins de croire que la Suisse, berceau du droit international humanitaire contemporain et dépositaire des Conventions de Genève, se sentirait satisfaite et heureuse de sa peu enviable situation de violateur des règles de droit de l'homme (internationales et européennes), mais cependant à l'abri de toute condamnation par un organe juridictionnel international. Ce serait confondre impunité avec illicéité.

En conclusion, il n'est pas inopportun, nous semble-t-il, de dire quelques mots sur l'argument tantôt avancé consistant à dire que l'interdiction des minarets se justifierait – sinon sur le plan juridique, à tout le moins sur un plan de stricte réciprocité mercantile – par l'interdiction de construire des églises ou autres temples de la foi différente de celle musulmane. Or, attendu qu'une telle prohibition n'existe à notre connaissance que dans un seul Etat (c'est-à-dire l'Arabie saoudite), il convient de rappeler à ces esprits bien pensants deux considérations générales. Primo, la protection des droits de l'homme se fonde sur la «dignité humaine» immanente à tout être humain et fait fi dès lors de l'exigence de réciprocité; si l'on devait – horreur! – épouser tout de même une conception synallagmatique des droits de l'homme, il ne faudrait interdire que les minarets construits, financés ou utilisés par des ressortissants du Royaume d'Arabie saoudite. Secundo, cette conception – fondamentalement et radicalement erronée et tragiquement fausse – de la notion des droits de l'homme se heurterait qui plus est à la constatation que certains musulmans ici en Suisse sont des ressortissants suisses. Que faire donc? N'admettre que les seuls minarets *Swiss Made*? Qu'il nous soit permis enfin un zeste d'humour en guise d'épitaphe à une mauvaise histoire sur l'incompréhensible incompréhension entre les différentes civilisations.

(16) CIJ, Affaire relative à la Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine (Canada/ Etats-Unis), arrêt du 12 octobre 1984 (Fond) : *CIJ Recueil* 1984, § 83.

حظر المآذن في سويسرا والقانون الدولي

إعداد

أ.د. جيوفاني ديستيفانو وأ.د. باسكال ماهون

التصويت السويسري على ٢٩ نوفمبر ٢٠٠٩ تحولت هذه المبادرة الشعبية ضد بناء المآذن في القانون بغالبية ٦٠% من الناخبين، وهذا التصويت يعكس كراهية الأجانب والصورة السلبية عن الإسلام أو الإسلاموفوبيا التي عقدها أنصار هذه المبادرة، وهذا الخوف لابد من التعامل معه من قبل علماء النفس وعلماء الاجتماع.